

R-DCA-0168-2017

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas nueve minutos del dieciséis de marzo del dos mil diecisiete. -----

Recurso de objeción interpuesto por las empresas **AGENCIA VALVERDE HUERTAS S.A. y SEGURIDAD ALFA S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública 2017LN-000001-00096000001**, promovida por la **JUNTA ADMINISTRATIVA DEL ARCHIVO NACIONAL** para la contratación de “servicios de seguridad y vigilancia para las instalaciones de la Dirección General del Archivo Nacional”.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa Agencia Valverde Huertas S.A. presentó ante esta Contraloría General, recurso de objeción firmado digitalmente en contra del cartel de la licitación pública 2017LN-000001-00096000001, en fecha dos de marzo de dos mil diecisiete vía correo electrónico. Posteriormente, presenta idéntico recurso en original el día siete de marzo de dos mil diecisiete.

II. Que la empresa Seguridad Alfa S.A. presentó ante esta Contraloría General, recurso de objeción firmado digitalmente en contra del cartel de la licitación pública 2017LN-000001-00096000001, en fecha dos de marzo de dos mil diecisiete vía correo electrónico. Posteriormente, presenta idéntico recurso en original el día tres de marzo de dos mil diecisiete. -

III. Que mediante auto de las trece horas cuarenta minutos del seis de marzo de dos mil diecisiete, esta División confirió audiencia especial a la Administración licitante, para que se refiriera a los recursos, audiencia que fue atendida mediante oficio DGAN-JA-183-2017 del nueve de marzo de dos mil diecisiete. -----

IV. Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley, habiéndose observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes. -----

CONSIDERANDO

I. Sobre la admisibilidad del recurso. A efectos de determinar la admisibilidad y consecuente procedencia de los recursos de objeción interpuestos por Agencia Valverde Huertas S.A. y Seguridad Alfa S.A., se debe partir de lo establecido en el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (en adelante LCA), que en lo que interesa, indica: “*Contra el cartel de la licitación pública y de la licitación abreviada podrá interponerse recurso de objeción, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, contado a partir del día siguiente de la publicación o de aquel en que se realice la invitación. (...)*”. De esta manera, se tiene que la invitación a participar en la Licitación Pública 2017LN-000001-00096000001 se realizó mediante

la plataforma electrónica <http://www.sicop.co.cr/> el día veintidós de febrero de dos mil diecisiete, en tanto que la fecha de apertura se estableció originalmente por parte de la Administración para el día veintiuno de marzo de dos mil diecisiete. No obstante, se observa que la fecha de apertura ha sido prorrogada al día veintiocho de marzo, por lo que corresponde aplicar lo dispuesto en el artículo 179 del Reglamento: “**Artículo 179.-Prórrogas, modificaciones y adiciones al cartel.** *Contra las modificaciones o adiciones del cartel, podrá interponerse recurso de objeción dentro del primer tercio del plazo que medie entre la publicación o comunicación de la variante del cartel y la fecha señalada para recibir ofertas. Cuando la modificación consista únicamente en la prórroga del plazo para presentar ofertas, el plazo para objetar se obtendrá de la sumatoria del plazo inicial más el plazo de la prórroga”.* Dicho lo anterior, debe computarse para el caso de análisis, el plazo que medie entre la fecha de la invitación y la última fecha fijada para recibir ofertas, esto es veinticuatro días hábiles. De esa forma, el tercio del plazo lo constituyen ocho días hábiles para impugnar el cartel de la licitación, vencidos el día seis de marzo del año en curso. Así las cosas, considerando que el recurso de ambas empresas fue presentado dentro del plazo legal atendiendo las formalidades expresas en el artículo 173 del Reglamento, por lo que se tienen por presentados en tiempo, para lo cual, este órgano contralor entra a conocer el fondo de lo alegado.-----

II. Sobre el recurso interpuesto por la empresa Agencia Valverde Huertas S.A. 1) Sobre la cláusula 4.29 de la Sección II Condiciones Administrativas de la Oferta: Manifiesta la objetante, que la cláusula de referencia implica la renuncia a ajustes contractuales futuros en caso de variaciones a las condiciones que se pacten en cuanto a la prestación del servicio. En la medida que en el pliego se requiere que los oferentes acepten que de darse modificaciones o variaciones en las condiciones de alguno de los puestos de servicios (por ende, los términos y alcances contratados), quedaría expuesto a que no se le reconozcan indemnizaciones o ajustes generados a partir de tal situación. Agrega como ejemplo, un puesto en el que no requiere uso de armas, frente a un cambio donde sí requiere arma correspondería entonces asignarle un insumo adicional lo cual presenta un posible incremento en el costo de ese servicio particular y en sus condiciones operativas. La Administración se opone a lo argumentado por el recurrente, en virtud de que la cláusula hace alusión al servicio que se ejecutará en las instalaciones de la Dirección General del Archivo Nacional, ubicadas en Curridabat novecientos metros al sur y ciento cincuenta metros al oeste de Plaza del Sol, que debe leerse en concordancia con lo dispuesto en la cláusula 21 sobre las condiciones específicas. Los traslados que eventualmente

se darían, lo serían dentro de la misma institución y no como se presume en la interpretación del recurrente que es poco clara, en caso que esto sucediera, sería en el mismo lugar de la contratación, por lo que no amerita ningún tipo de pago por concepto de indemnización. Asimismo el cartel indica que en los puestos 1, 2, 3 y 4 requieren de portación de arma de fuego. **Criterio de la División:** En primer orden, la cláusula objetada dispone lo siguiente: “4.29 *Quien resulte adjudicatario debe comprometerse, a que en caso de que la DGAN traslade alguno de los puestos descritos en este cartel, el servicio seguirá prestándose en estas condiciones en que se formalizo (sic)*”. La Administración ha señalado que dicha cláusula debe leerse en relación con el lugar en el que se prestarán los servicios, esto es “*las instalaciones de la Dirección General del Archivo Nacional*” (cláusula 1.2 visible a folio 4 del cartel). De igual manera señala que el servicio se brindará en cuatro puestos específicos dentro de las mismas instalaciones, sobre lo que debe remitirse a las condiciones específicas en las que se estableció: “ **21.1 Puesto No. 01: 21.1.1** *Este puesto estará establecido en la Casetilla de Seguridad y Vigilancia ubicada en el acceso al parqueo de usuarios de la DGAN y debe estar custodiado por un oficial de seguridad las 24 horas del día los 365 días del año, quien debe cumplir las tareas, normas y estrategias establecidas, a continuación: (...) 21.3 Puesto No. 02: 21.3.1* Este puesto estará ubicado en la entrada del edificio de Archivo Notarial, el cual estará custodiado por un oficial de seguridad privada las 24 horas del día los 365 días del año. **21.3.2** *Este puesto puede ser cambiado de lugar de acuerdo a las necesidades de la DGAN previa comunicación de la USG al contratista. Dicho oficial cumplirá las tareas, normas y estrategias establecidas, a saber: (...) 21.6 Normas y tareas del puesto No. 03 21.6.1* En este puesto la empresa debe aportar el equipo mínimo que se indica por cada oficial (en caso de que el equipo sea compartido por más de un oficial según el turno a laborar en el puesto, debe indicarse en el plan de trabajo el procedimiento para el recibo y la entrega deste), el que debe estar en óptimas condiciones de funcionamiento, siendo el oficial que entrega y el que recibe responsable de su debido control, al iniciar o finalizar su jornada, reportándolo en la bitácora. (...) **21.6 Normas y tareas del puesto No. 03 21.6.1** En este puesto la empresa debe aportar el equipo mínimo que se indica por cada oficial (en caso de que el equipo sea compartido por más de un oficial según el turno a laborar en el puesto, debe indicarse en el plan de trabajo el procedimiento para el recibo y la entrega deste), el que debe estar en óptimas condiciones de funcionamiento, siendo el oficial que entrega y el que recibe responsable de su debido control, al iniciar o finalizar su jornada, reportándolo en la bitácora. (...) **21.7 Puesto No. 04: 21.7.1** Este puesto estará ubicado en la entrada de la Etapa de Archivo Nacional, el cual estará custodiado por un oficial de seguridad privada de lunes a sábado de 06:00 a las 14:00 hora. **21.7.2** Este puesto puede ser cambiado de lugar de acuerdo a las necesidades de la DGAN previa comunicación de la USG al contratista. Dicho oficial cumplirá las tareas, normas y estrategias establecidas, a saber: (...)” (el resaltado es del original, folio 37 del cartel) De lo anterior, se puede desprender que el traslado de puesto al que se refiere la cláusula 4.29 se realiza previendo un eventual cambio de ubicación física del puesto dentro de las mismas instalaciones, sin que ello implique una

variación sustancial en las condiciones de la contratación como bien podría significar un cambio en la sede donde se presta el servicio por ejemplo. De esta manera, no se expone en el recurso cómo el traslado físico del puesto por sí mismo vaya a elevar los costos de la contratación ni tampoco se podría entender, que el traslado vaya a afectar el equipo de trabajo para el puesto tal cual lo pretende hacer ver el recurrente, toda vez que para los cuatro puestos se requieren insumos idénticos. En todo caso, estima este órgano contralor que estas cláusulas no se oponen a la lógica propia del principio de mutabilidad de los contratos administrativos, la Administración se encuentra facultada para modificar unilateralmente las condiciones pactadas durante la ejecución del contrato en resguardo del interés público. De esta manera, la Administración en ejercicio de sus facultades de imperio puede prever el traslado de los puestos, sin que esto constituya una modificación sustancial al objeto de la contratación de forma que éste se vea distorsionado. Por lo anterior, procede **declarar sin lugar** este extremo del recurso. **2) Sobre las cláusulas 6.7 y 6.8 de la Sección II Condiciones Administrativas de la oferta:** Manifiesta la objetante, que las cláusulas solicitan en primer orden una declaración jurada de que el oferente conoce y cumple con lo establecido en el Acuerdo 2016-132-MSP del Ministerio de Seguridad Pública, y además aportar un estudio que justifique de forma técnica y razonada el uso de armas de fuego para cada puesto específico. Argumenta que el estudio de cita no es dable en esta etapa de ofertas, toda vez que es la administración licitante la que según sus necesidades debe definir si requiere oficiales armados y en qué puestos. Que en todo caso una vez definido el contratista en firme es que se podría hacer tal estudio y así someterlo ante el Ministerio de Seguridad Pública. La Administración está de acuerdo con el recurrente al indicar que se solicita presentar con su oferta el estudio que justifica de forma técnica y razonada el uso de armas de fuego para cada puesto específico, de conformidad con el acuerdo 2016-132-MSP, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, el citado estudio debe ser firmado por el profesional que lo elabora y los representantes de la empresa de seguridad y de quien contrató el servicio de seguridad, es decir, se solicitará únicamente a la empresa que resulte adjudicataria, razón por la cual modificará la cláusula cartelaria 6.8 para que se lea de la siguiente forma: *6.8 La empresa que resulte adjudicataria deberá, con base en la evaluación de riesgos que le suministre la DGAN, presentar un estudio que justifique de forma técnica y razonada el uso de armas de fuego para cada puesto específico, según lo establecido en el acuerdo señalado en el punto anterior.* Se mantiene y corrige la cláusula 6.7,

también objetada por el recurrente, para que se lea de la siguiente forma: “6.7 *Declaración jurada de que el oferente conoce el acuerdo 2016-132-MSP de las catorce horas del 24 de junio del 2016, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública y publicado en el diario oficial La Gaceta N. 169 del 2 de setiembre del 2016.*” **Criterio de la División:** A partir del allanamiento de la Administración en este punto, se **declara con lugar** la objeción. Queda bajo responsabilidad de la Administración, las razones y justificaciones sobre la procedencia del allanamiento, el cual se entiende fue debidamente valorado por las instancias pertinentes. Se le ordena a la Administración proceder a realizar los ajustes pertinentes, por medio de la respectiva modificación cartelaria, a la cual debe otorgarse la publicidad respectiva en los términos que exige la normativa vigente, de tal modo que sea de conocimiento de los potenciales oferentes. **3) Sobre la cláusula 12.6.5 de la Sección V Evaluación de Ofertas:** Manifiesta la objetante, que en caso de consorcios se pide a todos los integrantes experiencia, desvirtuándose la razón de ser de tal figura jurídica y la posibilidad legal de que solo uno de los integrantes cumpla, razón por la cual solicita el ajuste de tal condición. A su criterio, la participación en consorcio se hace para unir fuerzas y solventar necesidades por lo que el cartel no puede pedir que ambas firmas consorciadas cumplan todos los requisitos del mismo. Señala que aceptar esta condición es desnaturalizar la figura del consorcio en la materia de la contratación administrativa. La Administración considera que en el artículo 72 del Reglamento, se otorga la potestad a la administración de establecer parámetros específicos bajo los cuales se podrá evaluar y calificar las ofertas presentadas bajo esta modalidad, permitiéndole así a la Administración, en uso de sus potestades discrecionales, obligaciones específicas para cada miembro o algunos miembros del consorcio. Agrega que en el caso del presente cartel la Administración no está imponiendo por vía cartelaria una limitación en la libertad de participación, ya que la solicitud de la cláusula es clara al indicar que es la sumatoria de las referencias de experiencia de sus miembros, no de cada uno de sus miembros, por lo que la cláusula no se considera restrictiva y se mantiene. **Criterio de la División:** La cláusula en cuestión señala: “*En caso de consorcios, para definir la experiencia del consorcio participante, entendida ésta como la **sumatoria de las referencias de experiencia de sus miembros**, deben aportarse cartas de referencia, bajo este formato del anexo 1, de la experiencia que posee cada una de las participantes que conforman el consorcio*” (el resaltado no es del original). El objetante ha venido a referir, que la redacción de la cláusula desnaturaliza la figura del consorcio toda vez que se requiere acreditar la experiencia

para cada una de las empresas miembro del consorcio. Sobre el particular, estima este órgano contralor que no lleva razón la empresa recurrente, toda vez que la cláusula no exige acreditar el requisito de la experiencia de forma individual para cada miembro consorciado, sino que se utilizará una sumatoria de las cartas de referencia que se aporten con la oferta. Por lo anterior, se dispone **declarar sin lugar** este extremo. Por lo demás, es relevante precisar a la firma objetante que el artículo 72 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa permite también a la Administración para el caso de los consorcios que pueda exigir en el cartel, las condiciones de capacidad y solvencia técnica y financiera para cada uno de los miembros del consorcio, sin perjuicio de que para cumplir ciertos requisitos se admita la sumatoria de elementos; para lo cual debe indicarse con toda precisión cuáles requisitos deben ser cumplidos por todos los integrantes y cuáles por el consorcio; por lo que el hecho de que en este caso no se aprecia la limitación invocada, no significa que este órgano contralor deje de lado las regulaciones normativas sobre requisitos aplicables a la participación en consorcios. **4) Sobre la cláusula 17.1.1 de la Sección VI Contrato:** Manifiesta la objetante, que la cláusula señala un porcentaje de multa, del cual no se entiende sobre qué base se paga el 8%, aunque pareciera sobre el monto del contrato. Lo anterior lo considera irrazonable y desproporcionado ya que las multas deben aplicarse al incumplimiento en específico y no sobre un porcentaje injustificado y fijado al azar, sin ningún parámetro real de ponderación y con un monto o porcentaje alto. Agrega que de proceder alguna sanción, la misma no puede ser ajena a los principios fundamentales de razonabilidad y proporcionalidad así como por las reglas univocas de la razón, la lógica, la conveniencia, la oportunidad, la técnica y la justicia. De proceder alguna sanción, lo procedente sería el cobro solo por lo que parcial y puntualmente se hubiera incumplido. Continúa indicando que la Sala Constitucional y los Tribunales de la República, han determinado que en mérito de los principios ya enunciados de justicia, razonabilidad y proporcionalidad, la multas y las cláusulas penales no se pueden cobrar sobre el monto total del contrato, sino que sobre el monto de la actividad en la que se ha generado el atraso de cumplimiento, por lo que reitera es procedente fijar las multas y cláusulas penales sobre la base del monto de la labor particular incumplida o de la facturación específica mensual incumplida. Además, que los pagos o facturaciones mensuales no se atrasen o retengan por las acciones de cobro de multas, sino que las mismas se apliquen a la facturación siguiente una vez firme lo resuelto en los procedimientos que deben de preceder a cualquier y todo procedimiento de

aplicación de multas. La Administración modificará el punto 17.1.1 para que se lea de la siguiente forma: *“La DGAN cobrará por concepto de multa, la suma de ocho por ciento (8%) del monto mensual facturado, por cada evento descrito en los puntos 20, 21 y 23 de este pliego, que el contratista incumpla, hasta alcanzar un máximo del 25% del monto total anual del contrato, todo de acuerdo con las obligaciones contraídas según el cartel y la oferta, con retención al monto facturado y previo debido proceso según la normativa vigente y criterio técnico que lo respalde.”* **Criterio de la División:** A partir del allanamiento de la Administración en este punto, se **declara con lugar** la objeción. Queda bajo responsabilidad de la Administración, las razones y justificaciones sobre la procedencia del allanamiento, el cual se entiende fue debidamente valorado por las instancias pertinentes. Se le ordena a la Administración proceder a realizar los ajustes pertinentes, por medio de la respectiva modificación cartelaria, a la cual debe otorgarse la publicidad respectiva en los términos que exige la normativa vigente, de tal modo que sea de conocimiento de los potenciales oferentes.

5) Sobre las cláusula 22.3.2 y 22.3.5 de la Sección VII Condiciones Generales de Ejecución del Contrato: Manifiesta la objेतante, que de conformidad con el artículo 14 de la Ley No. 8395 hay otros medios de demostración sobre la condición académica de los oficiales con que se operaría el servicio (certificaciones de estudios, por ejemplo). Lo anterior, siendo que muchos son extranjeros o no portan títulos ya que se han perdido o deteriorado con el tiempo, razón por la que portan certificaciones. Por otra parte, menciona que la experiencia de doce meses en servicio activo no es un requisito de ley por lo que no hay justificación respecto de la experiencia que se pide a los oficiales con que se brindaría el servicio. La Administración por su parte ha valorado que además del título para demostrar la conclusión de estudios del segundo ciclo de la enseñanza general básica también es procedente la presentación de una certificación del centro de educación que corresponda por lo que está de acuerdo en adicionar el punto 22.3.2 del cartel para que se lea de la siguiente manera: *“22.3.2 Haber concluido el Segundo Ciclo de la Enseñanza General Básica, lo cual debe demostrarse por medio de copia del respectivo título, certificación emitida por el centro de educación que corresponda, o por el Ministerio de Educación Pública.”* Asimismo, respecto al punto 22.3.5 la administración cuenta con la facultad discrecional para incorporar en el cartel las especificaciones, requisitos y condiciones que sean necesarias para satisfacer el fin propuesto y el interés público, lo que pretende es garantizar que la empresa que brinde los servicios de seguridad y vigilancia tenga

como fin el proteger las instalaciones físicas, funcionarios, público en general, vehículos y patrimonio documental que custodia la Dirección General del Archivo Nacional, con el personal capacitado y con la experiencia mínima requerida, por lo que no se considera que se limita la participación de los oferentes, ni se ven violentados los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ni que los requerimientos que se solicitan resultan desproporcionados, dado que el objetivo del cartel es atender satisfactoriamente la necesidad institucional sin lesionar el interés público inmerso en tal contratación, y los requisitos son básicos y generales, por lo que la cláusula se mantiene. **Criterio de la División:** Las cláusulas impugnadas disponen lo siguiente: “22.3 Los agentes del servicio de seguridad propuestos por el oferente deben cumplir, de conformidad con el artículo 14 de la Ley de Servicios de Seguridad Privados N° 8395, con los siguientes requisitos: 22.3.2 Haber concluido el Segundo Ciclo de la Enseñanza General Básica, lo cual debe demostrarse por medio de copia del respectivo título. (...) 22.3.5 Contar con una experiencia mínima de 12 meses en el servicio activo” (folio 18 del cartel) En lo que respecta al requisito de la cláusula 23.3.2, visto el allanamiento de la Administración en este punto, se **declara con lugar** la objeción. Queda bajo responsabilidad de la Administración, las razones y justificaciones sobre la procedencia del allanamiento, el cual se entiende fue debidamente valorado por las instancias pertinentes. Se le ordena a la Administración proceder a realizar los ajustes pertinentes, por medio de la respectiva modificación cartelaria, a la cual debe otorgarse la publicidad respectiva en los términos que exige la normativa vigente, de tal modo que sea de conocimiento de los potenciales oferentes. En cuanto a la experiencia que se solicita en la cláusula 22.3.5: “*Contar con una experiencia mínima de 12 meses en el servicio activo*”, se entiende que la cláusula exige un mínimo de experiencia para determinar la elegibilidad del personal, requisito que en efecto restringiría la participación de aquellas empresas que recluten personal de recién incorporación al servicio, aún y cuando dichos oficiales hayan superado los requerimientos de ley. Si bien la Administración goza de discrecionalidad para definir las bases del objeto contractual, lo cierto es que dicho poder encuentra límites en las reglas de la ciencia, la técnica y la lógica jurídica tal cual lo regula el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. En ese sentido, la Administración no puede establecer reglas que limiten la libre concurrencia de oferentes sin que medie justificación técnica o legal suficiente, motivación que se echa de menos para el presente requisito. Procede **declarar con lugar** este extremo y en consecuencia, se ordena a la Administración eliminar el requisito de cita. Ahora bien, si la Dirección General del Archivo

Nacional quisiera otorgarle valor agregado a la experiencia del personal, bien podría asignar un puntaje de manera proporcional y razonada, en el sistema de evaluación, lo cual se deja a criterio y valoración de la Administración. **B) Sobre el recurso interpuesto por la empresa Seguridad Alfa S.A. 1) Sobre la cláusula 4.28 de la Sección II Condiciones Administrativas de la Oferta, en relación a las cláusulas 17.1.8 y 17.2.6 de la Sección VI Contrato:** Manifiesta la objietante que de la cláusula se observa la ilegalidad de retención del monto total de la factura, ya que el Reglamento a la Ley de Contratación establece que deben estar previamente definidos los porcentajes de retención del monto y para compeler al pago de una multa, de previo debe realizarse el debido proceso de conformidad con el voto 6639 de la Sala Constitucional del quince de mayo del dos mil trece. Que incluso no tiene que ser con la factura del mes en que se verificó el incumplimiento ya que puede pasar un tiempo considerable entre el curso del debido proceso y la retención del pago, caso contrario se perjudicaría el flujo de caja de las empresas que deben seguir asumiendo todos los costos y además generaría la consecuente obligación de esa administración de cancelar los intereses legales e incluso del reclamo por daños y perjuicios en caso de que la multa sea desestimada por improcedente. Por otra parte además de las retenciones permitidas por ley, la administración tiene también una garantía de cumplimiento la cual podría ejecutarse si el contratista no cancela la multa. Considera contrario a lo dispuesto en el artículo 46 del RLCA la cláusula mencionada, así como que no se establezca claramente en el cartel que para su cobro debe llevarse a cabo del procedimiento correspondiente ya que la administración está realizando una desproporcionada e irrazonable retención del 100% del monto de la factura, lo que es contrario a lo dispuesto reglamentariamente y por lo tanto al ordenamiento jurídico que debe respetar. La Administración señala que lleva la razón el recurrente en cuanto a la cláusula 4.28 y se modifica para que sea lea de la siguiente manera: *“4.28 Si la USG informare de algún incumplimiento contractual, la administración realizará el debido proceso, en caso de confirmar el incumplimiento se procederá con el rebajo en la factura correspondiente al mes que quede en firme la resolución respectiva.”* Se elimina la cláusula 17.2.6 y se adiciona a la cláusula 17.1.8 para que se lea de la siguiente forma: *“17.1.8 El cobro de las multas, puede hacerse con cargo a las retenciones del precio, que se hubieran practicado y los saldos pendientes de pago. En caso de que ninguna de esas dos alternativas resulte viable, se puede ejecutar la garantía de cumplimiento hasta por el monto respectivo que se determine mediante prueba pericial. Todo previo a la realización de un debido proceso.”* **Criterio de la**

División: A partir del allanamiento de la Administración en este punto, se **declara con lugar** la objeción. Queda bajo responsabilidad de la Administración, las razones y justificaciones sobre la procedencia del allanamiento, el cual se entiende fue debidamente valorado por las instancias pertinentes. Se le ordena a la Administración proceder a realizar los ajustes pertinentes, por medio de la respectiva modificación cartelaria, a la cual debe otorgarse la publicidad respectiva en los términos que exige la normativa vigente, de tal modo que sea de conocimiento de los potenciales oferentes. **2) Sobre la cláusula 12.6.2 de la Sección V**

Evaluación de ofertas: Manifiesta la objetante como argumentos para cuestionar la cláusula que, por ejemplo el Instituto Costarricense de Electricidad se niega a brindar cartas de referencia o constancia de servicios conforme una empresa las necesite, lo cual demuestra que exigir un estándar de carta no solo es desproporcionado e ilógico, sino que en nada aporta al procedimiento y además es excesivo si se considera que el artículo 56 del Reglamento establece que la experiencia cuando sea requerida, será aceptada cuando sea positiva y se acredite de forma idónea, lo que entiende puede acreditarse a través de cartas donde se desprenda la calidad del servicio y las condiciones requeridas, lo irrazonable es que se pida en un formato determinado lo que resulta excesivo y formalista y en nada aporta valor. Continúa manifestando que lo anterior es totalmente violatorio del principio de libre concurrencia y además del de eficiencia, donde la forma nunca podrá prevalecer sobre el fondo o el contenido. La Administración se considera lleva razón el recurrente y se modifica la citada cláusula para que se lea de la siguiente forma: *“12.6.2. Para acreditar dicha experiencia, debe aportar cartas de referencia de diferentes contratos, ejecutados o en ejecución. La experiencia a considerar será por contratos de similar naturaleza, entendida ésta como la de aquellos contratos cuya duración sea igual o superior a un año, por concepto de servicios de seguridad y vigilancia.”*

Criterio de la División: A partir del allanamiento de la Administración en este punto, se **declara con lugar** la objeción. Queda bajo responsabilidad de la Administración, las razones y justificaciones sobre la procedencia del allanamiento, el cual se entiende fue debidamente valorado por las instancias pertinentes. Se le ordena a la Administración proceder a realizar los ajustes pertinentes, por medio de la respectiva modificación cartelaria, a la cual debe otorgarse la publicidad respectiva en los términos que exige la normativa vigente, de tal modo que sea de conocimiento de los potenciales oferentes. No obstante lo anterior, se observa en la cláusula

“12.6.1 El oferente debe contar con experiencia positiva entendida ésta, como la prestación de servicios de seguridad y vigilancia recibidos a entera satisfacción por el cliente (entendida como aquella en la que no se hayan ejecutado sanciones pecuniarias y/o administrativas) conforme lo estipulado en el artículo 56 del RLCA” (folio 20 del cartel). A partir de lo anterior, deberá considerar armonizar la cláusula en este sentido, toda vez que admitir experiencia de proyectos “en ejecución” supone una inconsistencia de frente a la experiencia recibida a satisfacción que se pretende calificar de conformidad con lo indicado en el párrafo antes transcrito. Poner artículo 50 3) **Sobre la cláusula 12.8.1.3 de la Sección V Evaluación de Ofertas:** Manifiesta la objetante, que la propia Contraloría ha señalado que es un obstáculo para la participación y un requisito excesivo e innecesario el solicitar personal en planilla ya que es imposible contar con personal ocioso durante un trámite de licitación que puede tardar meses en resolverse. Señala que se podrían presentar porque la empresa tiene personal laborando, y como tal el requisito no impide la participación en sí, pero se multa al contratista si no mantiene al momento del inicio del contrato al mismo personal propuesto. En estos términos considera se está dirigiendo el cartel para que solo la empresa que actualmente presta el servicio pueda participar, ya que sería la única que en principio podría asegurarle que iniciará el contrato con el mismo personal propuesto, lo cual tampoco es un cien por ciento seguro ya que el personal siempre rota. En este sentido alega que el requisito es discriminatorio y genera desigualdad para poder participar. En virtud de lo anterior cuestiona cómo se solicitan planillas del período comprendido entre marzo dos mil once a marzo dos mil doce, con el fin de dar una puntuación a la empresa que más agentes tenga, alegando que entre más agentes mayor la experiencia. Pedir copias de planillas de hace tantos años es incongruente con el requerimiento de que se le tiene que dar un listado de agentes que laboran actualmente para la empresa, además de que es una prueba muy manipulable ya que en las planillas de la Caja estarán reportados no solo agentes de seguridad sino otra clase de personal y no solo agentes de seguridad. Considera que para que el requerimiento sea justo y todas las empresas participen en igualdad de condiciones, máxime que se está dando una puntuación por la cantidad de agentes, el requisito se ajuste a solicitar una prueba real de la cantidad de agentes actual, mediante la presentación de un listado del sistema de CONTROLPAS donde, con toda seguridad, únicamente se incluye a este personal y no la cantidad de personal reflejado en una planilla. La Administración indica que existe un error y se modifica para que se lea correctamente de la siguiente manera: “12.8.1.3. Este parámetro

se puntuará con un 10% de la siguiente manera, a partir de la copia certificada de las planillas presentada ante la Caja Costarricense del Seguro Social, de enero del 2016, junio del 2016 y enero del 2017. Además, el oferente debe indicar mediante declaración jurada, cuales son los trabajadores que laboran a tiempo completo como oficiales de seguridad. Se promediará la cantidad de oficiales de esas tres planillas y ese promedio será la cantidad de oficiales ofertada. Para ello se aplicará la siguiente fórmula:...” La fórmula permanece sin variación. Continúa indicando que no es de recibo lo señalado por el recurrente respecto a que es un requisito discriminatorio y que genera desigualdad, y que prácticamente está dirigido el cartel para que solo la empresa que actualmente presta el servicio pueda participar; en razón de que se permite que por lo menos con ocho días hábiles de anticipación, la empresa que resulte adjudicataria pueda sustituir o variar el personal propuesto, siempre y cuando el sustituto cumpla con las mismas condiciones establecidas para el personal en el cartel. **Criterio de la División:** La cláusula de interés establece lo siguiente: “**12.8.1 Cantidad de agentes (10%):** La Administración valorará al personal propuesto tomando en consideración los siguientes factores: 12.8.1.1 Cantidad de oficiales o agentes que conforman la planilla de la empresa. Esto debido a que a mayor número de oficiales indica una mayor experiencia o estabilidad del oferente. 12.8.1.2 El oferente debe indicar a la Institución cuáles son las personas que laboran como oficiales de seguridad, debe omitir personal administrativo y de otra índole. 12.8.1.3 Este parámetro se puntuará con un 10% de la siguiente manera a partir de la copia certificada de la planilla correspondiente comprendida entre marzo del 2011 y marzo del 2012. Se promediará la cantidad de oficiales de ambos años y ese promedio será la cantidad de oficiales ofertada. Se aplicará la siguiente fórmula (sic): (...)” De lo anterior, se extrae que la Administración pretende evaluar la experiencia o estabilidad del oferente, sea a través de planillas del año dos mil doce lo que el objetante reprocha ya que solicita se varíe el requisito para aportar pruebas reales con las que se demuestre la cantidad actual del personal. Si bien con su respuesta, la Administración ha reformulado los periodos requeridos para atender el requisito, esta Contraloría General estima que se mantiene la relación de cantidad de oficiales implica mayor experiencia de la empresa, pero en la respuesta a la audiencia especial no se ha explicado cuál en qué reside ese vínculo entre factor y parámetros de metodología; por lo que necesariamente se debe enmendar este aspecto para considerar los criterios que permitan acreditar la idoneidad que se persigue de la empresa. Llama la atención incluso, que en una cláusula anterior ya se ha considerado este aspecto: “12.6.6 Se evaluarán los años de experiencia del oferente en la prestación de servicios de seguridad y vigilancia o similares,

tomando en consideración las cartas de referencia presentadas, y de conformidad con la siguiente tabla:

Tiempo	Puntos
Mayor de 10 años	20 puntos
Mayor de 09 años hasta 10 años	15 puntos
Mayor de 08 años hasta 09 años	10 puntos
De 06 años hasta 08 años”	05 puntos

(folio 20 del cartel). Por lo anterior, se **declara con lugar** este extremo del recurso. Se ordena a la Administración para que valore si mantiene o no el factor, en caso afirmativo deberá adecuarlo a una metodología atinente al fin que persigue el criterio de evaluación. **4) Sobre la cláusula 17.1 de la Sección VI Contrato:** Manifiesta la objetante, que cuando el monto por aplicación de sanciones administrativas (multas y/o cláusula penal) alcance el monto equivalente al veinticinco por ciento del total adjudicado se considerará que el contratista incurre en incumplimiento contractual, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. Considera la objetante que la cláusula es desproporcionada, primero porque se establecen en razón del monto total del contrato, aún y cuando el Reglamento establece que pueden distinguirse por líneas. Señala que este cartel contempla al menos cuatro líneas independientes y que a su vez también es posible individualizar el costo por puesto y por agente, conforme el desglose del precio que se solicita en el punto 4.1. Menciona que la reserva administrativa es de ¢86.000.000.00 al año, para un promedio mensual de ¢7.166.666.66, en ese sentido las multas podrán alcanzar un monto de ¢1.791.666, al considerar una utilidad de un 10% sea ¢716.666.66, el contratista deberá tocar otros rubros del precio (mano de obra, gastos administrativos e insumos), para poder pagar la multa ya que entre su utilidad esperada y la multa hay una diferencia de ¢1.074.999.34. Alega que la multa es confiscatoria y compromete otros rubros del precio, afectándose con ello el equilibrio financiero del contrato y poniendo en riesgo el mismo, ya que vuelve ruinoso el contrato. Alega que si bien las multas son un instrumento que pretende persuadir al contratista de incurrir en incumplimientos, este es un mecanismo delicado que no puede a su vez atentar contra el fin, sea la satisfacción de la necesidad ya que despojar al contratista no solo de la utilidad sino de otros ingresos resulta altamente perjudicial para los propios intereses de la administración. Concluye que cuando se establecen multas sobre el monto total de los

contratos se violenta el principio de equilibrio financiero del contrato y además se desconoce el hecho de que el precio está compuesto por una serie de rubros sobre los cuales el contratista no tiene ninguna disponibilidad, como es el caso de la mano de obra que en caso de una multa que supere el porcentaje de la utilidad esperada, estaría efectuando la administración una retención indebida de los salarios de los trabajadores, configurándose con ellos el delito de retención indebida de las cargas sociales adeudadas a las distintas instituciones las cuales deben trasladárseles esos montos. Por lo anterior consideramos que es totalmente desproporcionado que se establezcan las multas sobre el 25% del monto total del contrato, por ser contrario al principio de equilibrio financiero del contrato. La Administración responde que lleva la razón el recurrente sobre el contenido de la cláusula 17.1 Sanciones por incumplimientos, específicamente el punto 17.1.1, y siendo de que se trata de la misma objeción que presenta la empresa AVAHUER S.A. ya se tomó en cuenta y se modificó el contenido de dicha cláusula, para que se lea de la siguiente manera: *“La DGAN cobrará por concepto de multa, la suma de ocho por ciento (8%) del monto mensual facturado, por cada evento descrito en los puntos 20, 21 y 23 de este pliego, que el contratista incumpla, hasta alcanzar un máximo del 25% del monto total anual del contrato, todo de acuerdo con las obligaciones contraídas según el cartel y la oferta, con retención al monto facturado y previo debido proceso según la normativa vigente y criterio técnico que lo respalde.”* **Criterio de la División:** Se remite a lo resuelto para el punto cuarto del recurso de Agencia Valverde Huertas S.A., por lo que se **declara con lugar** el recurso en este extremo **5) Sobre otros aspectos:** Menciona la objektante que hay puntos del cartel no guardan una adecuada relación, ya que en principio el cartel hace uso indiscriminado de los términos oferente y adjudicatario. La Administración menciona que revisará integralmente el cartel para determinar la aplicación correcta de los términos oferente y adjudicatario, y en caso de encontrar alguna inconsistencia, realizará la modificación respectiva, la que publicará conjuntamente con el resto de modificaciones producto de estos recursos de objeción. **Criterio de la División:** Al tenor de lo dispuesto en el artículo 180 párrafo penúltimo del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se **rechaza de plano** este alegato, en la medida . Se deja bajo responsabilidad de la Administración, las modificaciones que realice con ocasión del presente.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 178 del

Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** los recursos interpuestos por por las empresas **AGENCIA VALVERDE HUERTAS S.A. y SEGURIDAD ALFA S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública 2017LN-000001-00096000001**, promovida por la **JUNTA ADMINISTRATIVA DEL ARCHIVO NACIONAL** para contratar “servicios de seguridad y vigilancia para las instalaciones de la Dirección General del Archivo Nacional”. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al cartel. **3) Se da por agotada la vía administrativa.** -----
NOTIFIQUESE. -----

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Marcia Madrigal Quesada
Fiscalizadora Asociada

MMQ/chc
NI:5847, 5849, 5856, 5934, 6192, 6498, 6513.
CI: Archivo central
NN: 03239 (DCA-0605)
G: 2017002044-1